donatio, so bewirkt die Legitimation, wenn der debitor cessus zu gehöriger Zeit die Einrede des Erlöschens der ganzen oder theilweisen Forderung vorgeschützt hat, weiter nichts, als daß nun der Streit zwischen dem debitor cessus und dem Cessionar zu einer res judicata führt, welche auch für und gegen den Cedenten gilt, und es hiezu nicht noch eines neuen Prozesses zwischen dem letztern und dem debitor cessus bedarf [45]). Und dies kann kein Grund seyn, seiner Erklärung die legitimirende Wirkung abzusprechen. — Daß es aber dieser Erklärung noch neben der Cession bedarf, ist gerade die Besonderheit der Anastasischen Vorschrift, welche Uebervortheilung des Cedenten durch Ertheilung der Cession verhindern wollte, aber ihm nicht die Befugniß raubte, seine Rechte auf andere Weise aufzugeben oder eine bloße Bevollmächtigung vorzunehmen.

VII.

Ueber den Grund der Verbindlichkeit des Erzeugers, sein uneheliches Kind zu ernähren.

Von Herrn F. W. Busch,

Regierungsrath in Arnstadt.

Ueber den Grund der erwähnten Verbindlichkeit herrscht bekanntlich eine große Verschiedenheit der Meinungen. Die neuesten Erörterungen dieses Gegenstandes finden sich im Archive für die civilistische Praxis [1]) und in der Zeitschrift

Zahlung der vollen Valuta zu fordern; abgesehen davon, daß diese Unbilligkeit doch wohl keinen rechtlichen Grund abgeben könnte, ihn von der Beweislast zu befreien.

45) Vergl. S. 8. Note 30.

1) Heerwart über die Verbindlichkeit, uneheliche Kinder zu ernähren, Bd. XIV, no. XVIII, S. 435, und dann wieder Bd. XVII,

für Civilrecht und Proceß [2]). Es sey mir vergönnt, die aufgestellten Meinungen einer Prüfung zu unterwerfen; denn es ist nothwendig, sich wegen des Grundsteines zu einigen, soll anders die Aufrichtung eines Gebäudes möglich werden.

Jene Verschiedenheit der Ansichten über den Grund der Verbindlichkeit zur Alimentation besteht darin, daß ihn

I. viele Rechtsgelehrten [3]) in ein Delict setzen, während

II. Heerwart glaubt, daß er in einem höchst persönlichen Verhältnisse zwischen Schwängerer und Kind, — einem Status oder Analogon desselben, folglich auf Verwandtschaft beruhe, und

III. von Schröter ihn in der Thatsache der Erzeugung zu finden glaubt, durch welche der Erzeuger eine wahre, mit keiner weitern persönlichen Relation zu dem Kinde rechtlich verbundene, selbstständige Obligation auf Alimentation desselben contrahire.

Der Rechtssatz selbst aber:

„Der Schwängerer ist das mit der Geschwächten erzeugte uneheliche Kind zu ernähren schuldig."

stehet fest, und als seine Quelle ist ein unbestrittener Gerichtsgebrauch zu betrachten.

Forscht man nun aber nach dem innern Grunde jener Satzung auf historischem Wege, so muß man sich begnügen, wenn man statt Licht einige Dämmerung wahrnimmt.

Es sey mir erlaubt, auf einige der älteren und neueren Gesetzgebungen einen Blick zu werfen.

Heft I, no. III, in welchem letztern Aufsatze er die Meinung von Schröters zu widerlegen sucht, die dieser

2) in der Zeitschr. f. Civilrecht und Proceß, Bd. V, no. XXI, S. 300 fgg. aufgestellt hat.

3) Unter den neuern Kämmerer in der Themis Bd. II, S. 225. Dunke in diesem Archive Bd. XII, no. VII, S. 130 fgg. Wening-Ingenheim Civilrecht, Bd. III, §. 217.

a) In dem Magdeburgischen Weichbilde [4]) wird ein Mann deßhalb zur Alimentation verurtheilt, „weil er sich zu der That, daß er mit desselben Kindes Mutter den Ehebruch begangen, bekannt.“ Ob der Grund der anerkannten Verbindlichkeit in einem Delicte in der Verwandtschaft oder in der Erzeugung liege, darüber findet man keine Andeutung; doch scheint die Entscheidung auf die Thatsache der Vermischung das meiste Gewicht zu legen.

b) In den Sächsischen Constitutionen [5]) von 1572 wird der Schwängerer, dafern die Geschwächte von ihm Leibesfrucht hat, zur Alimentation verpflichtet, und ebenso ist nach dem Hohenloheschen Landrecht [6]) ersterer das mit der Geschwächten erzeugte Kind zu ernähren schuldig.

Beide Gesetze legen unverkennbar alles Gewicht auf die Thatsache der Erzeugung.

c) Das Bayerische bürgerliche Gesetzbuch [7]) verordnet: „Zum Beweise der Paternität wird nichts erfordert, als die Ueberweisung des angeblichen Vaters, daß er mit der Klägerin den Beischlaf gepflogen habe.

d) Das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch, sowie das Preußische Landrecht verpflichten zwar den Erzeuger eines unehelichen Kindes zu dessen Alimentation, nennen ihn auch Vater desselben, lassen jedoch durchaus weiter keine Cognationsverhältnisse zwischen beiden stattfinden.

So wie sich nun eines Theils die unter a. c. und d. genannten Gesetzgebungen weniger mit dem Grunde der Alimentations-Verbindlichkeit beschäftigen, sondern diese als ausgemacht annehmen; so ist anderntheils nicht zu bestreiten,

„daß sie den Beweis der außerehelichen Er-

4) Tit. Vom Jungfrauen-Schwächen fol. 137 b. edit. Zobel 1537.
5) C. 27. P. IV.
6) P. I, Tit. VII, §. 2.
7) Cod. civ. Bavar. P. I, c. 4. §. 9, no. 4. 5. 7.

zeugung analog nach dem Beweise der ehelichen Paternität normiret haben:

Nur die unter b angeführten Verordnungen haben den Gruud der Alimentations-Verbindlichkeit vor Augen, und setzen ihn richtigerweise in die Thatsache der Erzeugung; allein als Particular-Gesetze sind sie nicht von allgemeinem Werthe, und eben so wenig kann man den Beweis eines älteren Gerichtsgebrauches auf sie gründen.

Gleich dürftig ist die Ausbeute, welche die Praxis gewährt. Stets festgehalten hat sie zwar den Satz: daß der Erzeuger oder Vater sein uneheliches Kind ernähren müsse; aber über den Grund dieser Verbindlichkeit hat sie nie einig werden können. In älteren und neueren Schriften und Erkenntnissen wird der Schwängerer bald Vater, bald Erzeuger, bald Schwängerer genannt, bald auf erfolgtes Eingeständniß der sogenannten Paternität, bald auf das des Beischlafes verurtheilt. Ueber die Verpflichtung des Vaters des Schwängerers zur Alimentation des Kindes des letztern, sowie über die Wirkung der Exceptio congressus cum pluribus haben von jeher die verschiedensten Meinungen geherrscht, so daß sich auf diesem Wege ein befriedigender Aufschluß über den Grund der Alimentations-Verbindlichkeit nicht gewinnen läßt. Die wenigsten Rechtsgelehrten haben nach jenem geforscht, das Daseyn der Verbindlichkeit genügte ihnen. Daher bediente man sich einer Menge zum Theil zweideutiger Ausdrücke zur Begründung der Alimentationspflicht des Schwängerers, und suchte diese bald in einer pietas, bald in einer aequitas, bald in dem jus naturale, und in einer ratio sanguinis. Einig ist man aber über den Grund jener Verbindlichkeit nie geworden, vielmehr umging man diesen Punkt immer mit einer gewissen Scheu, und behalf sich, um doch etwas zu sagen, mit einem jener allgemeinen Ausdrücke, die den Knoten nur noch fester zu knüpfen geeignet waren.

Darum legt Heerwart [8]) ein, wie mir scheint, viel zu großes Gewicht auf die Meinungen der ältern Praktiker, denn diese dachten über den fraglichen Punkt weder klar, noch übereinstimmend. Zwar ist es nicht zu leugnen, daß viele derselben zunächst den Vater des Schwängerers, wenn letzterer nicht zahlungsfähig oder abwesend war, zur Ernährung des unehelichen Enkels für verpflichtet erachteten, und damit, indirect wenigstens, auf ein Cognationsverhältniß zwischen beiden hindeuteten; aber auch schon alt [9]) und heutzutage ziemlich unbestritten, ist die entgegengesetzte Meinung, daß der väterliche Großvater zur Ernährung des unehelichen Enkels nicht verbunden sey.

Ein Gleiches gilt von dem früher behaupteten Erbrechte der unehelichen Kinder in einen Theil des Nachlasses ihres Vaters; denn auch von dieser Ansicht ist man bereits seit längerer Zeit zurückgekommen.

Nach der, wie mir scheint, richtigern Ansicht beruht die gerichtsgebräuchliche Satzung:

„Der Erzeuger ist sein außer der Ehe gezeugtes Kind zu ernähren schuldig.“

auf einer unrichtigen Auslegung des c. 5. X. de eo, qui duxit. Es kömmt aber auch nicht darauf an, ob das canonische Recht selbst die Verbindlichkeit des Erzeugers, gemeinschaftlich mit der Mutter für den nothwendigen Unterhalt des erzeugten Kindes zu sorgen, ausgesprochen hat; denn auch jene Gesetzstelle verbreitet über den Grund der Alimentations-Verbindlichkeit keineswegs Licht. Die letztere aber steht, — sie mag nun dem Gesetze oder Gerichtsgebrauche ihre Entstehung verdanken, — unerschütterlich fest, und es kann nur Aufgabe

8) Bd. XVII, Heft I, S. 81.

9) Wie verschieden die Meinungen der Rechtslehrer und Spruchcollegien in diesem Punkte von jeher waren, ist allzubekannt. Die Literatur s. m. bei Glück im Commentar §. 1189 und in meiner Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen, §. 260.

der Doctrin seyn, den eigentlichen Grund derselben aufzusuchen.

Dieser scheint mir nun, — darin stimme ich von Schröter völlig bei — lediglich in der Thatsache der Erzeugung zu liegen.

Daß er nicht in einem Delicte bestehe, das haben Heerwart und von Schröter genügend gezeigt.

Redet das cap. 5. wirklich von adulterinis, so hat allem Anscheine nach Clemens III. nicht daran gedacht, die Alimentations-Verbindlichkeit des Erzeugers aus einem Delicte abzuleiten, sondern die römisch-rechtliche Befugniß der Concubinenkinder, Alimente zu fordern, — eine Befugniß, die bei dem Erlaubtseyn des Concubinats nicht aus einem Delicte entspringen konnte, — mag ihn bewogen haben, den Ausspruch zu thun, daß der Erzeuger und die Mutter für den Unterhalt der erzeugten Kinder sorgen sollen [10]. Die natürliche Billigkeit sprach hierfür um so lebhafter, da die Kinder hülfsbedürftig waren, durch die Schuld ihrer Eltern gelitten haben würden und die im Concubinate erzeugten ein Recht auf Alimente hatten. Diese letztere in den Gesetzen selbst gegründete Befugniß war der Leitstern für alle die, welche den Grundsatz des römischen Rechts, daß die unehelichen Kinder quasi sine patre seyen, um der unglücklichen Geschöpfe willen, aufgehoben zu sehen wünschten. Die Praxis nahm sich die Bestimmung des römischen Rechtes auch zum Muster und maaß nach jenem die Rechte der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger ab, ohne ihnen jedoch alle Befugnisse der Concubinenkinder zuzueignen, wie wir daraus sehen, daß ihnen das den Concubinenkindern zustehende Erb-

10) Die, welche jene Decretale als die Quelle der Alimentationsverbindlichkeit betrachten, werden sich nicht verhehlen können, daß der Papst die letztere aus der Erzeugung ableitet, und ihrer als des civilrechtlichen Punktes, abgesondert am Ende des Rescriptes gedenkt.

recht in sextantem durch den Gerichtsgebrauch nie allgemein zugestanden worden ist.

Besonders ist noch der Umstand ins Auge zu fassen, daß nach einem von jeher feststehenden Gerichtsgebrauche die Verbindlichkeit des Stuprators zu Alimenten auf seine Erben übergegangen ist, gerade wie solches nach römischem Rechte bei dem Vater der Concubinenkinder der Fall war [11]. Aeltere und neuere Erkenntnisse stimmen in jenem Punkte überein und wir müssen ihn in eben der Maaße als unauflöslich betrachten, als die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters überhaupt. Die Praxis nahm sich also auch hierin die von Concubinenkindern handelnden Bestimmungen des römischen Rechts zum Vorbilde, wie wir auch aus dem Streben der Practiker, den spuriis das Erbrecht in sextantem zuzuschreiben, deutlich wahrnehmen. Hieraus folgen nun zwei für uns äußerst wichtige Schlüsse:

I. Die Ernährungspflicht des unehelichen Vaters ist keineswegs als eine Ausdehnung der gleichen Pflicht des ehelichen Vaters [12] zu betrachten, sondern den aus dem Concubinate entspringenden Rechtsverhältnissen nachgebildet.

II. Sie kann als auf einem Status oder Analogon desselben beruhend um deswillen nicht betrachtet werden, weil nach dem Gesetz die Concubinenkinder von den Erben ihres Vaters, und nach der Praxis alle illegitimen Kinder von den Erben des Erzeugers Alimente fordern können, während die aus einem Status entspringenden Verbindlichkeiten auf die Erben nicht übergehen.

Heerwart [13] selbst bestätiget dieses mit den Worten: Es ist dieß eine gemeinschaftliche Eigenschaft aller Verbindlichkeiten, die auf einem persönlichen Verhältnisse, auf einem Status oder Analogon desselben beruhen und mit der Person eng zusammenhängen.

---

11) Nov. 89. cap. XII, §. 6.
12) Das behauptet Heerwart wiederholt.
13) Band XIV. S. 440.

Durch den Gerichtsgebrauch, oder, wie H. sich ausdrückt, durch ein Gewohnheitsrecht steht nun aber fest, daß die Verbindlichkeit des Stuprator auf seine Erben übergehe[14]); folglich muß man so schließen: „Weil die fragliche Verbindlichkeit auf die Erben übergehet, kann sie nicht aus einem Status entspringen," — nicht aber so: Weil die Ernährungspflicht aus einem Status-ähnlichen Verhältnisse entspringet, wird sie passiv auf die Erben nicht transmittirt; denn die Prämisse würde eine petitio principii enthalten, der Schluß aber mit der durch die Praxis anerkannten Rechtswahrheit im Widerspruche stehen. Es kommt auch nicht das Mindeste darauf an, ob jene passive Transmission der Verbindlichkeit auf die Erben daraus entstanden ist, daß man den Stuprator ex delicto zu Alimenten für verpflichtet hielt, obschon alle ältere von Heerwart Bd. XVII. S. 82 angeführte Rechtslehrer, wie er ja selbst historisch nachzuweisen versucht hat, nicht von dem Gesichtspunkte eines Delictes ausgegangen sind; vielmehr reicht hin, daß der Ausspruch der praxis eben so fest steht, als die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters selbst, welche ja ebenfalls auf einer unrichtigen Auslegung des cap. 5. cit. beruhet.

Aus der Nov. 89. cap. 12. §. 6. ergibt sich deutlich, daß die Alimentationspflicht des Vaters der Concubinenkinder auf dessen Erben überging und daß folglich die Römer jene Verbindlichkeit nicht aus einem Status abgeleitet haben können, oder Justinian müßte sich der größten Inconsequenz schuldig

14) Von den vielen mir in dieser Hinsicht zu Gesicht gekommenen Rechtssprüchen deutscher Juristenfacultäten weicht nicht ein einziger von der oben ausgesprochenen Ansicht ab und alle Rechtslehrer stimmen darin überein, daß die Alimentationsverbindlichkeit auf die Erben übergehe. Kein einziger Rechtslehrer huldiget, soviel mir bekannt ist, der entgegengesetzten Meinung. Die Literatur s. m. in meiner Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen, §. 259. Noch beizufügen sind Bardili de satisf. stupratae. C. 3. m. 7, no. 41. Beck de eo, quod justum est circa stupr. p. 203. u. 204. Excurs. zu Curtius. Thl. I, S. 1313.

gemacht haben. Dieses ist jedoch keineswegs der Fall; denn nach dem ältern Rechte wurden die Concubinenkinder in Ansehung des Vaters, wie extranei betrachtet, und Kaiser Justin sagt von ihnen: jus nomenque patris liberis nat. esse denegatum [15]). Gerade der Umstand, daß liberi nat. die per oblat. curiae legitimiret worden sind, blos in Bezug auf ihren Erzeuger in ein gesetzlich fingirtes Verwandtschaftsrecht treten, und daß sie erst nach erfolgter Legitimation nur rücksichtlich des Vaters als Cognaten betrachtet werden, beweiset unumstößlich, daß sie als naturales mit jenem in keinem Cognationsverhältnisse standen [16]). Also erst die Legitimation, nicht die Zeugung im gesetzlich erlaubten Concubinate, gab den natürlichen Kindern ein Verwandtschaftsrecht. Ein Erbrecht und Ansprüche auf Alimentation hatten sie auch ohne Legitimation, aber dennoch waren sie keine Cognaten ihres Vaters. Wenn daher ein Status zwischen dem natürlichen Vater und Kinde, das per oblationem curiae legitimirt ist, stattfindet, so begründet ihn nicht die Zeugung, sondern die Legitimation.

Eben so wenig dürfte sich ein analoges durch die Erweiterungen des neuen Rechts begründetes Cognationsverhältniß, — eine deutschrechtliche Verwandtschaft annehmen lassen. Eine solche, — sagt Heerwart — muß doch gewiß angenommen werden, wenn man den Kindern Intestaterbrecht beilegt, denn worauf sollte sich denn sonst dasselbe gründen?

Aber auch darin kann ich ihm nicht beistimmen; denn jenes Erbrecht gründen seine Vertheidiger auf eine irrige Ausdehnung der Gesetze des römischen Rechts, welche den im

---

15) const. 7. C. V. 27.

16) Nov. 89. C. 4. Hier heißt es in Bezug auf den per obl. cur. legitimatum: facimus eum velut ex quadam machinatione cognatum; vorher also, und ohne Legitimation betrachtet Justinian den fil. nat. keineswegs schon als Cognaten des Vaters.

Concubinate erzeugten Kindern ein bedingtes Erbrecht ertheilten. So wie nun aber das römische Recht Erb- und Alimentations-Ansprüche den liberis naturalibus verlieh, ohne ein Cognationsverhältniß zu statuiren, — ebenso konnte der Gerichtsbrauch den andern unehelichen Kindern jene Rechte ertheilen, ohne dadurch zugleich ein Verwandtschaftsverhältniß zu beurkunden. Allein das behauptete Erbrecht ist nicht einmal durch den Gerichtsbrauch außer Zweifel gesetzt; viele [17]), und namentlich neuere Rechtslehrer bestreiten dasselbe, und eine feststehende Praxis hat sich nicht gebildet. Wäre dieses aber auch der Fall gewesen, so würde jene den unehelichen Kindern doch nicht mehr Rechte haben beilegen können, als die Gesetze, auf die sie sich gründete und die sie auf erstere zur Ungebühr ausdehnte, den Concubinenkindern verliehen hatten, — nämlich blos Erb- und Alimentationsansprüche ohne Cognation zwischen dem Erzeuger und dem Kinde.

Noch weniger begünstiget das ältere deutsche Recht die unehelichen Kinder; sie waren rechtlos, beerbten ihre Mutter nur, wenn sie keine ehelichen Kinder hatte, ja manche Statuten schlossen sie sogar von der mütterlichen Erbschaft aus; sie wurden wie Fremdlinge in ihrer Familie betrachtet [18]), und am Wenigsten dachte man an ein verwandtschaftliches Verhältniß zu ihrem Erzeuger.

Nichts scheint daher natürlicher und den oben vorgetragenen Momenten angemessener zu seyn, als anzunehmen:

daß entweder Clemens III oder der Gerichtsbrauch die nach den Verordnungen Justinians den Concubinenkin-

---

17) m. s. die in Glück's Intestaterbfolge S. 334 und 338 angeführten Rechtslehrer. Auch können die Voraussetzungen, unter welchen das römische Recht den lib. nat. ein Erbrecht in sextantem zugesteht, Nov. 89. cap. 12. §. 4. heutzutage nicht füglich mehr vorhanden seyn, und lassen sich bei spuriis nicht wohl denken.

18) Sachsensp. I, a. 38. 50 und 51. Verm. Sachs. Sp. I, c. 8. 15. d. 6. Mittermaier deutsches Privatrecht. §. 385.

dern zustehenden Alimentations-Rechte auf alle illegitimen Kinder angewendet und übertragen habe [19]).

Es ist aber nicht einmal dem Bestreben der Practiker gelungen, den unehelichen Kindern alle Rechte der naturalium beizulegen; denn in Betreff des Erbrechtes in sextantem hat sich kein feststehender Gerichtsbrauch gebildet.

Sollte es daher nicht weit richtiger seyn, die heutige Alimentationspflicht auf eine analoge Anwendung der dem Vater der Concubinenkinder obliegenden gleichen Verbindlichkeit zu gründen, als auf die des ehelichen Vaters?

Concubinenkinder waren bei den Römern illegitim, sie gehörten nicht zur Familie des Vaters und waren seiner Gewalt nicht unterworfen. Das alles, sowie das Recht auf Alimente, gilt auch noch heutzutage von allen Arten der unehelichen Kinder. Wie kann man die letzteren daher mit den ehelichen vergleichen, wie die von diesen geltenden Rechtsgrundsätze auf jene ausdehnen, da sie nichts mit ihnen gemein haben? Kann man das Almosen, — so möchte ich das beneficium flebile der sogenannten natürlichen Alimente, welches ihnen der Gerichtsbrauch zugesprochen hat, nennen — als das entscheidende Criterium, daß ihre Rechte denen der ehelichen Kinder nachgebildet worden seyen, betrachten? Kann man annehmen, daß jener Anspruch auf nothdürftige Alimente, — die ehelichen Kinder konnten alimenta civilia fordern, — zur Annahme eines Status oder diesem ähnlichen Verhältnisses berechtige, da zwischen ehelichen und unehelichen Kindern alle Aehnlichkeit mangelt und sie vielmehr aus einem geradezu entgegengesetzten Verhältnisse abstammen?

Unter diesen Umständen kann nichts übrig bleiben, als die Verbindlichkeit des außerehelichen Erzeugers auf die That-

---

19) Ich will hier nur Stryk U. M. L. XXV. t. 3. §. 2. reden lassen: **Postquam autem concubinatus in foris nostris extra matrimonium non datur, hoc ipsum quod de naturalibus dispositum est, ad spurios applicatur.** Vergl. Glück's Intestaterbfolge, S. 808. Dunze in diesem Archive XII. Bd. S. 130.

sache der Erzeugung zu gründen. Auch liegen die zu dieser Ansicht berechtigenden Gründe nicht so entfernt, als H. glaubt. Schon an sich kann nämlich eine Verbindlichkeit zur Alimentation eines außer der Ehe erzeugten Kindes auf nichts weiter, als der Thatsache der Erzeugung selbst beruhen. Auch Justinian legte auf sie rücksichtlich der Verbindlichkeit, die Concubinenkinder zu ernähren, großes Gewicht, indem er sagt: talibus enim solummodo hoc sancimus, ubi omnino indubitatus est et concubinae, iu domo affectus et filiorum ibidem proles etc. Sobald sich kund that, daß die Concubine mit andern Mannspersonen Umgang gehabt hatte, wurde das Kind als filius quasi sine patre betrachtet, weil dann die Frage: wer der Erzeuger sey, nicht mehr beantwortet werden konnte. Pabst Clemens III. scheint auch auf die Erzeugung Gewicht zu legen; wenigstens lassen die Worte: ut uterque liberis suis procreatis provideat, darauf schließen. Selbst die ältern Rechtslehrer weisen bestimmt auf die schon in dem natürlichen Rechte begründete Pflicht des Erzeugers, das von ihm erzeugte Kind zu ernähren hin, indem sie sich auf das jus naturale, die pietas und aequitas, die identitas rationis und das jus sanguinis berufen. Der Grund aller dieser verschiedenen Rechtfertigungsgründe muß aber auf die Thatsache der Erzeugung zurückgeführt werden. H. selbst scheint damit einverstanden zu seyn, da er zugibt [20]:

> daß die eheliche und außereheliche Vaterschaft auf einem und demselben Grunde beruhen, nämlich auf der vermöge der rechtlichen Vermuthung angenommenen Erzeugung,

und da er schon in seiner ersten Abhandlung [21]) sich bestimmt dahin ausspricht:

„Streng juristisch muß man wohl die Alimentationspflicht

---

20) Bd. XVII, S. 85.
21) Archiv Bd. XIV, S. 451 in fine.

der Costupratoren ganz läugnen. Sie beruht unläugbar auf der Thatsache der Erzeugung.

Dagegen muß ich auf das Bestimmteste die Schlüsse bestreiten, die von Schröter aus dem an sich richtigen Satze zieht:

daß der Erzeuger durch die Thatsache der Erzeugung eine wahre, mit keiner weitern persönlichen Relation zu dem Kinde rechtlich verbundene, selbstständige Obligatio auf Alimentation des Erzeugten contrahire.

„Jene Thatsache, — fährt von Schröter fort, muß rechtlich da angenommen werden, wo die Erzeugung des demnächst gebornen Kindes rechtlich als Folge der Geschlechtsvermischung eines bestimmten Mannes mit der Mutter anzusehen ist. Dieß ist der Fall, so oft das Kind innerhalb der Frist, innerhalb welcher eine Geburt rechtlich als Frucht einer bestimmten Geschlechtsvermischung gilt, von derselben geboren wird.

Der erste Satz ist ebenfalls richtig; denn die Erzeugung, als ein äußerlich unerkennbares factum, kann an sich nicht Gegenstand des Beweises seyn; vielmehr beruht die Annahme derselben auf einer Vermuthung, die sich auf factische Prämissen stützt. Besonders fasse man hier ins Auge, daß von Schröter selbst die Präsumtion der Erzeugung nur da annimmt, wo die letztere als Folge des Beischlafs eines bestimmten Mannes mit der Mutter des Erzeugten angesehen werden kann.

Was hingegen die zweite Behauptung von Schröters anlangt, so ist sie nur insofern richtig, als nicht durch andere entgegenwirkende Thatsachen der Causalzusammenhang zwischen Ursache und Folge aufgehoben wird. Dieses ist aber in Bezug auf eine bestimmte Vermischung dann der Fall, wenn ihr noch andere vorhergegangen, oder nachgefolgt sind [22]), indem nun die Zeugung insoweit ungewiß wird,

22) Daß ich solche Vermischungen meine, aus denen nach Verhältniß der Zeit ebenfalls das Kind herrühren kann, versteht sich von selbst.

als man nicht mehr weiß, aus welchem Beischlafe sie sich herschreibe. Völlig unrichtig ist daher die weitere Folgerung von Schröters:

„Trifft diese Frist bei Mehreren zu, mit welchen die Mutter sich vermischte, so ist für jeden derselben das Fundament des Alimentationsanspruchs des Kindes gegen denselben so lange rechtlich vorhanden, bis er beweiset, daß, ohngeachtet jener Voraussetzung, das Kind nicht von ihm erzeugt seyn könne."

Gegen die Richtigkeit dieser Folgerung muß ich

1. bemerken, daß v. S. das Fundament des Alimentations-Anspruches in die Thatsache der Erzeugung setzt und jenen gleichwohl gegen jeden Einzelnen von noch so vielen Costupratoren existent werden läßt, während doch die obligatorische Thatsache — die Erzeugung — nur in Bezug auf einen einzigen Mann gedacht und in jenem Falle nicht mehr ausgemittelt werden kann, wer die Obligation contrahiret habe.

Hieraus folgt denn, daß beim Vorhandenseyn mehrerer Costupratoren von Schröter seinem Grundsatze ungetreu wird, indem er hier das Fundament der Alimentationspflicht in die nakte Thatsache des Beischlafes setzt.

Daran ist nicht zu zweifeln; denn da in einem solchen Falle die Thatsache der Zeugung in Bezug auf einen Jeden der Concumbenten factisch und rechtlich ungewiß wird, folglich aus ihr das Fundament der Obligation nun nicht mehr abgeleitet werden kann, gleichwohl aber für jeden Einzelnen jenes Fundament vorhanden seyn soll, — was rücksichtlich der Erzeugung geradezu unmöglich ist, — so kann es nun nur noch in dem factum des Beischlafs bestehen. Wie kann man aber dann noch annehmen, daß die Alimentationsverbindlichkeit auf jener einen, in sich abgeschlossenen Thatsache der Erzeugung beruhe [23]), besonders da von Schrö-

23) Schröter S. 312.

ter [24]) von mehreren Concumbenten behauptet, daß jeder die bezeichnete Obligatio für seine Person contrahire, und doch nur Einer Erzeuger seyn kann.

Dabei ist aber auch noch

2. zu beachten, daß v. S. selbst die Präsumtion der Erzeugung darauf, daß die letztere als Folge der Geschlechtsvermischung der Mutter mit einer bestimmten Mannsperson angesehen werden könne, bauet. Haben aber Vermischungen mit verschiedenen Männern stattgefunden, so verschwindet jenes Merkmal; denn die Erzeugung stellt sich dann nicht mehr als Folge des Beischlafs einer bestimmten Mannsperson, sondern mehrerer Männer dar. Zwar einer kann immer nur der Erzeuger seyn, aber völlig ungewiß ist nun, welcher von den mehreren Concumbenten das Kind erzeugt habe? Contrahiret nun aber der Erzeuger durch die Thatsache der Erzeugung die Obligation, so kann dann, wenn nicht mehr auszumitteln ist, welchem von mehreren die Thatsache der Erzeugung zuzuschreiben sey, auch keiner derselben als Erzeuger in Anspruch genommen werden. Die Ansicht von Schröter, scheint mir aber auch

3. einen Verstoß gegen die Natur der Rechtsvermuthungen zu enthalten. Diese haben nämlich nur so lange Wirkung als die factischen Prämissen, auf denen sie beruhen, unwiderlegt und ungeschwächt dastehen. Stellt sich dagegen das factische Verhältniß, aus dessen Daseyn sie entspringen, als ein anderes dar, so entsteht die Rechtsvermuthung entweder gar nicht, oder erlöscht wiederum.

Es genügt daher, daß der, gegen welchen die Vermuthung geltend gemacht wird, beweiset, daß die Thatsachen, auf die sie sich gründet, nicht vorhanden seyen; wer wollte ihm aber zumuthen, noch außerdem zu beweisen, daß ihm die behauptete Verbindlichkeit, deren Existenz von dem Da-

24) Schröter S. 314.

seyn jener Thatsachen bedingt ist, nicht obliegen könne? Die Vermuthung der Thatsache der Erzeugung gründet sich nun

a) auf den Beischlaf einer bestimmten Mannsperson mit einem Weibe,

b) auf die Geburt des Kindes innerhalb des gesetzlichen Termins, und

c) auf die Voraussetzung, daß die Mutter nicht auch mit andern Mannspersonen zu einer solchen Zeit zu thun gehabt habe, mit welcher ebenfalls der Termin der Niederkunft übereinstimmt[25]).

Dieses letzte negative Erforderniß ist in der Natur der Sache begründet, und bedarf keiner weitern Rechtfertigung.

Sieht man aber auch davon ab, und läßt man lediglich aus den factischen Prämissen sub a und b die Vermuthung der Erzeugung entspringen, so gelangt man nichts desto weniger zu demselben Resultate.

Wenn z. E. mehrere Mannspersonen mit einem Mädchen in der ersten Woche des Januar unerlaubten Umgang gepflogen haben, und letztere den 30. Septbr. niederkömmt, so müßte man nach von Schröters Ansicht annehmen, daß für jeden männlichen Concumbenten das Fundament der Alimentationspflicht, — die Thatsache der Erzeugung, präsumtiv begründet sey; allein er scheint hier übersehen zu haben, daß dann, ich möchte sagen, eine Collision der Vermuthungen eintritt, welche bewirkt, daß die eine die andere zerstört. Wie kann man im Ernste annehmen, daß rechtlich vermuthet werden könne: Eine jede von drei Mannspersonen habe ein und dasselbe Kind erzeugt! Treffen bei jeder derselben die factischen Prämissen der Vermuthung zu, und wollte man der letztern gleichwohl gegen jeden der Concumbenten noch Wirkung einräumen, so würde diese darin bestehen: daß eine Unmöglichkeit als juristische Wahrheit be-

25) m. s. meine Darstellung §. 249.

trachtet werden müßte; denn unmöglich ist es, daß Mehrere ein und dasselbe Kind erzeugt haben können. Gleichwohl muß man dieses annehmen, wenn man den Grund der Verbindlichkeit in der Erzeugung suchen und von mehreren Concumbenten Jeden solidarisch verpflichten will.

4. „Die Thatsache der Erzeugung," sagt von Schröter, „muß rechtlich da angenommen werden, wo die Erzeugung des Kindes rechtlich als Folge der Vermischung eines bestimmten Mannes mit der Mutter anzusehen ist." Wäre er hierbei stehen geblieben, so könnte man ihm nur beistimmen; aber gleich darauf weicht er von jenem Satze ab und läßt mehrere Costupratoren solidarisch haften, obgleich bei dem Vorhandenseyn eines solchen Falles Niemand behaupten wird, daß die Erzeugung des Kindes rechtlich als Folge der Vermuthung eines bestimmten Mannes mit der Mutter anzusehen seye.

Man scheint die Art der Vermuthung, um welche es sich hier handelt, ganz zu verkennen, wenn man außer Acht läßt, daß sie auf Ausmittelung der Person des Schuldners gerichtet ist. Wer ist für den Erzeuger des Kindes zu halten? Das ist die Frage, auf deren Beantwortung es ankommt. Wenn nun aber die factischen Prämissen der Vermuthung bei mehreren Mannspersonen vorhanden sind, so ergibt sich aus der Natur der Sache, daß die Vermuthung keine Kraft mehr haben kann, weil die Ausmittelung der Person des Erzeugers unmöglich wird. Darum habe ich schon an andern Orten dargethan, daß die Präsumtion: daß der Beklagte der Erzeuger sey, nicht allein von dem Beweise des Beischlafs und dem Zutreffen der Geburtszeit, sondern auch von der stillschweigenden Voraussetzung bedingt sey, daß die Mutter nicht mit andern Personen den Beischlaf gepflogen habe. Die in Frage stehende Vermuthung muß ja jede bestimmte Beziehung auf die Person des Erzeugers verlieren, wenn sie auf mehrere Männer paßt.

5. Endlich läßt sich die Entstehung einer solidarischen

Obligation in dem vorliegenden Falle schwerlich begründen; man müßte denn das die Verbindlichkeit nach sich ziehende factum lediglich in den Beischlaf setzen. Könnte man dieses, so würde sich ein solidarisches Haften annehmen lassen, weil dann von Mehreren ein Jeder die, eine selbstständige Verbindlichkeit begründende Handlung vorgenommen und jene für seine Person contrahiret haben würde. Aber dieser Ansicht huldiget selbst von Schröter nicht und sie würde sich auch nicht vertheidigen lassen.

Womit will man daher, da nur in der Thatsache der Erzeugung der Verbindlichkeitsgrund liegt, bei dem Beweise des Beischlafs von Seiten mehrerer Männer die solidarische Verbindlichkeit rechtfertigen? Ein und dasselbe verbindende factum haben sie nicht vollbracht, — denn die Thatsache der Erzeugung, nicht die des Beischlafs ist als jenes zu betrachten; — von dem Gesichtspunkte eines Delictes oder widerrechtlich zugefügten Schadens läßt sich die Solidarität auch nicht begründen und ebenso mangelt es an einem Gesetze, welches mehrere Costupratoren solidarisch zu haften verpflichtete.

Aus den bisherigen Erörterungen ergeben sich nun folgende Resultate:

Die Verbindlichkeit des Erzeugers, das uneheliche Kind zu ernähren, ist durch den Gerichtsgebrauch eingeführt worden und offenbar hat man dabei die Bestimmungen im Auge gehabt, welche das römische Recht über die Pflicht des Vaters zur Alimentation der Concubinenkinder aufgestellt hat. Jene beruhet aber nichts destoweniger auf der Thatsache der Erzeugung, da der Concubinat, als verbotene Verbindung, keine civilrechtlichen Wirkungen mehr äußern, und das, was von lib. nat. bei den Römern galt [26]) auf die spurii nicht erstreckt werden kann. Wir dürfen daher bei den unehelichen Kindern nur diejenigen Bestimmungen des römischen Rechts

26) S. meine Darstellung S. 410.

über Concubinenkinder noch anwenden, die durch den Gerichtsgebrauch als unumstößliche Wahrheiten sanctioniret worden sind, um solche Sätze zu erhalten, die aus ihnen als unwiderlegbare Folgerungen sich ergeben. Uebrigens müssen die Grundsätze angewendet werden, die von unehelichen Kindern, mit Ausschluß der lib. naturalium, gelten. Es bleibt daher bei dem von Schröter aufgestellten Grundsatze:

daß der Erzeuger durch die Thatsache der Erzeugung eine wahre, mit keiner weitern persönlichen Relation zu dem Kinde rechtlich verbundene selbstständige Obligatio auf Alimentation des Erzeugten contrahire.

Aus diesem Hauptprincipe und den vorhergehenden Erörterungen ergeben sich nun folgende einzelne Rechtssätze:

1. Die Verbindlichkeit des Erzeugers zur Alimentation gehet auf seine Erben über, dagegen beerbet,
2. das uneheliche Kind jenen in keiner Weise ab intestato,
3. von dem Vater des Erzeugers kann das uneheliche Kind, dafern er nicht als Erbe haftet, keine Alimente fordern, und sobald es
4. ungewiß wird, wer für den Erzeuger zu halten ist (exc. congr. cum plurib.) kann das Kind nur von seiner Mutter Alimente fordern, indem jede Klage gegen die Concumbenten oder den einen oder andern von ihnen wegfällt. Demnächst kömmt
5. dem wegen der Alimente in Anspruch genommenen Erzeuger das beneficium competentiae nicht zu statten. Endlich kann der letztere
6. durchaus keine Erziehungsrechte in Bezug auf das uneheliche Kind geltend machen, da

er in keinem persönlichen Verhältnisse zu demselben steht [27]).

Ueber diesen letzten Punkt erlaube ich mir noch einige kurze Bemerkungen.

Dem Erzeuger muß allerdings, wie jedem Staatsbürger, unbenommen bleiben, dann, wenn das Kind bei der Mutter nicht gut aufgehoben seyn sollte, Anzeige davon bei dem zuständigen Richter zu machen, der, nebst dem Vormunde, ohnehin über das Wohl des Kindes zu wachen und die erforderlichen Maaßregeln, insbesondere Wegnahme des Kindes von der Mutter, anzuordnen hat; aber der Stuprator ist keineswegs zu verlangen berechtiget, daß ihm die Erziehung übertragen werde. Der Richter kann sie zwar demselben, wenn er es für passend erachtet, aber eben so gut einem Dritten anvertrauen. Eben so wenig ist der Erzeuger, wenn die Mutter das Kind einer dritten Person zur Erziehung übergeben will, befugt, ein Vorrecht vor dieser zu verlangen; denn es stehen ihm keine Familien-Rechte in Bezug auf das Kind zu; die obervormundschaftliche Behörde hat hierüber allein die entscheidende Stimme. Es muß daher in diesem Punkte ganz bei den Bestimmungen des römischen Rechts bleiben: lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit [28]).

Das Erziehungsrecht gesteht nun Heerwart [29]) zwar auch der Mutter zu; er glaubt aber, daß es verschieden von der Alimentation sey, und daher unbeschadet des erstern sich denken lasse, daß das Kind im Hause des Vaters schlafe, esse und bekleidet werde; daß aber gleichwohl die Mutter den Unterricht und die sonstige Lebensweise des Kindes leite, wie

---

27) vgl. Kämmerer in der Themis Bd. II, S. 225. Heerwart in diesem Archive XIV, S. 442 fgg.

28) Fr. 24. I, 5.

29) a. a. O. S 444 u. 445.

solches ein in Fr. 3. §. 5. D. XLIII. 30 dargestellter Fall beweise, nach welchem das Kind sine deminutione patriae potestatis bei der Mutter sich aufhalte.

Man müsse daher, — fährt er a. a. O. fort, — die Frage, ob der Vater verpflichtet sey, unbedingt, statt der Naturalverpflegung, der Mutter eine jährliche Geldsumme zu bezahlen, um so mehr verneinen, da nach deutlichen Gesetzen [30]) der Gegenstand der Alimentations-Verbindlichkeit cibus, potus vestitus et tectum sey und der Schuldner durch Leistung dessen, was der nächste Gegenstand und Zweck der Verbindlichkeit sey, liberiret werde. So solle auch der Verpflichtete nur dann, wenn er der schwangern Wittwe die Wohnung in Natur nicht reichen könne, derselben eine solche miethen, also nur unter jener Voraussetzung, statt derselben Geld zahlen. Fr. 4. pr. D. XXXVII 9.

Gegen diese Gründe habe ich jedoch folgendes zu bemerken.

Das zuletzt erwähnte Gesetz handelt von der missio in possessionem, quae ventri datur, und diese beabsichtiget den interimistischen Besitz der Erbschaft und Alimente unter Aufsicht eines Curators, folglich auch natürlich den Besitz des Hauses des verstorbenen Mannes, so daß dessen Wittwe, wenn ein solches vorhanden war, in den Besitz desselben gesetzt werden mußte. Das allegirte Gesetz will daher nur soviel sagen, daß der curator, wenn der Verstorbene auch kein Haus hinterlassen hat, dennoch für eine Wohnung der Wittwe sorgen solle.

Wenn hiernächst in Fr. 1. §. 19, XXXVII, 9. und in Fr. 6. D. XXXIV, 1. die Gegenstände, welche zu den Alimenten gehören, einzeln aufgezählt sind, so ist dieses um deswillen geschehen, um den Umfang der Alimentationsverbindlichkeit durch Bezeichnung dessen, was in ihr liegt, genau zu bestimmen; es läßt sich aber hieraus weder für, noch

30) Fr. 6. D. XXXIV, 1.

gegen die Behauptung Heerwart's ein sicherer Schluß ziehen. Vielmehr glaube ich, daß die römischen Rechtsgelehrten die Frage: ob der Verpflichtete die Alimente in natura verabreichen könne, oder statt deren ein Geldquantum zahlen müsse, in jenen Gesetzen gar nicht haben entscheiden wollen.

Wäre aber auch der Satz: der Alimentationsverpflichtete kann die Alimente in natura verabreichen, im Allgemeinen richtig, so leidet er doch in dem Falle eine Ausnahme, wo jenem die Erziehung des Alimentenempfängers nicht zukömmt, dieser vielmehr bei einer andern Person getrennt von jenem lebt [31].

Diese Behauptung wird durch folgende Gesetze und Gründe gerechtfertiget:

1.

Wurde der geschiedenen Frau bei der Ehescheidung die Erziehung der Kinder überlassen, so hatte diese die Kinder zu ernähren und der Vater mußte die Kosten bestreiten; die Darreichung der Alimente in natura war ihm aber in einem solchen Falle nicht nachgelassen [32].

Nov. 117. cap. 7.

Et si quidem pater occasionem separationis praebeat, et mater ad secundas non venerit nuptias; apud matrem nutriantur (liberi) expensas patre praebente, oder nach Homberg: a matre alantur, patre sumtus praebente,

vgl. c. un. und Auth. 6. Si pater V. 24.

Dem Vater bleibt zwar die väterliche Gewalt, jedoch mit Ausnahme des Erziehungsrechts [33] und die Mutter hat für die Ernährung der Kinder auf Kosten des Vaters zu sorgen.

---

31) Die Frage ist, wie sich versteht, eine ganz allgemeine und bezieht sich ebensowohl auf die geschiedene Frau und eheliche Kinder, als auf außereheliche. Sie muß daher auch nach allgemeinen Grundsätzen beantwortet werden.

32) vgl. Burchardi in diesem Archive Bd. VIII, S. 180.

33) Burchardi a. a. O.

2.

Wenn der Mutter das Recht, die Kinder bei sich zu behalten und zu erziehen zusteht, so kann dem Vater resp. Erzeuger die Befugniß, die Kinder bei sich zu beköstigen und übernachten zu lassen, schon um deßwillen nicht zugestanden werden, weil das der Mutter zustehende Erziehungsrecht, — welches ihr doch Heerwart selbst zugesteht, — dadurch eine Beeinträchtigung erleiden würde, indem sich jenes auch auf die Zeit, wo das Kind Speise und Trank erhält, und sich der nächtlichen Ruhe überläßt, erstreckt. Dieß läßt sich nach den Grundsätzen der Pädagogik, die hier, wo es sich um das Factische der Erziehung handelt, zur Anwendung kommen [34]), nicht bestreiten. Hat überhaupt einmal der Richter bestimmt, ut apud matrem liberi morari et nutriri debeant, so muß auch die Wahl der Nahrungsmittel, welche auf das körperliche und geistige Gedeihen der Kinder so großen Einfluß hat, der Mutter lediglich überlassen bleiben und der Vater kann daher ohnmöglich berechtiget seyn, Speise und Trank ihnen in seinem Hause zu verabreichen, oder in die Wohnung der Mutter zu schicken, um sich von der Zahlung der Alimente in Geld zu befreien.

Es kömmt endlich

3.

in dem Falle, wo der Erzeuger das uneheliche Kind zu ernähren hat, noch in Betracht, daß für jenen die Alimentationspflicht eine äußerst lästige ist. Auch verräth schon der Umstand, daß der Erzeuger die Geschwächte nicht ehelichet, sehr wenig Liebe zu ihr und dem Kinde; ja oft muß derselbe erst rechtlich gezwungen werden, Alimente zu geben, und steht wohl gar in dem Wahne, das Kind nicht erzeugt zu haben. Alles dies sind Gründe, die den Richter abhalten, dem Erzeuger zu gestatten, daß er das Kind selbst ernähre oder ihm auch nur die Nahrungsmittel in die Wohnung der

---

34) Burchardi a. a. O.

Mutter verabfolgen lasse. Und jene Gründe werden nicht etwa blos durch die Politik, sondern auch durch ausdrückliche Gesetze gebilliget, indem diese vorschreiben: Id enim agere praetorem oportet, ut sine ulla maligna suspicione alatur partus, et educetur [35]. Wenn daher die Gesetze anordnen, daß unter der von ihnen gegebenen Voraussetzung, selbst nicht dem ehelichen Vater die Erziehung und Alimentation der Kinder anvertraut werden soll, so hat der Richter desto mehr Grund, dem Erzeuger eines unehelichen Kindes jene Wahl abzusprechen.

VIII.

Bemerkungen über das Princip des gemeinrechtlichen Arrestes.

Von

Herrn **A. H. Quentin**, Advokat zu Göttingen.

So bedeutend auch seit den letztverflossenen vier Decennien die Theorie des gemeinen Civilprocesses durch die neueren Fortschritte der Philosophie, Geschichte und Exegese gefördert ist, und so sehr die neuere Doctrin namentlich dahin strebte, den Proceß in allen seinen Theilen auf grundfeste Principien zu bauen, so darf Letzteres heut zu Tage gleichwohl noch nicht durchgehends als gelungen angesehen werden. Es finden sich vielmehr in der Lehre des gemeinrechtlichen Processes noch immer einzelne Grundlagen, welche mehr oder weniger postulirt sind, oder Sätze, welche nur particulären Proceßnormen, wie z. B. den sächsischen und hannoverschen entsprechen. Daß dem so sey, zeigt unter Andern theilweise

---

35) Fr. 1. pr. Fr. 5. D. 27. 2. c. 2. C. V. 49.